

부작위에 의한 방조의 성립요건 : 일본의 판례를 중심으로

김잔디*

국 | 문 | 요 | 약

범죄와 형벌에 관한 법률인 형법은 국민의 법익을 보호하는 중요한 기능을 수행한다. 하지만 이러한 기능을 수행하기 위하여 범죄자의 생명, 자유 등을 제한 또는 박탈하는 강력한 수단을 사용하기 때문에 범죄의 성립과 형벌에 관한 판단 및 해석에 신중을 기할 필요가 있으며 국가형벌권의 확장 및 자의적 행사의 억제와 과제로 남아있다. 이러한 관점에서 문제가 되는 것이 ‘부작위에 의한 방조’이다. 부작위범이라는 범죄유형 자체가 예외적이고, 더욱이 정범의 행위를 부작위로 방조한 경우 범죄성립 여부 및 그 판단기준이 문제가 된다.

우리나라의 경우와 같이 일본에서도 아동학대, 배우자폭력 등의 가정폭력이 심각한 사회문제가 되고 있는 가운데 아동학대를 방치한 보호자의 형사책임에 관한 주목할 만한 판례가 등장했고, 작위의무의 내용, 작위의무와 결과방지와 인과관계 등이 쟁점이 되었다. 동 판례는 원심과 항소심에서 상이한 판결을 내린 것, 항소심에서 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 대해 명확히 규정한 것 등을 이유로 일본의 실무 및 학계의 이목을 끌었다. 이에 본고에서는 동 판례를 토대로 우리나라와 일본의 학설을 비교하여 부작위에 의한 방조의 성립요건에 대해 검토하였다. 부작위에 의한 방조가 성립하기 위해해서는 작위의무의 존재 및 실행행위와의 인과관계, 작위의무 이행의 가능성·용이성, 동가치성이 요구된다. 이 중 작위의무 이행의 용이성 및 동가치성은 부작위에 의한 방조의 성립을 효율적으로 제한하는 역할을 한다고 생각되며 이러한 요건을 해석상 명확히 함으로써 부작위에 의한 방조범의 처벌범위 확장을 방지해야 할 것이다.

❖ 주제어 : 부작위에 의한 방조, 작위의무, 인과관계, 가정폭력, 아동학대

* 일본 오사카대학교 조교(법학박사)

I. 머리말

형법의 대원칙인 죄형법정주의는 국가의 형벌권으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하기 위한 원리로서 범죄와 형벌은 성문법에 의해 정해져야 한다는 것을 내용으로 하고 있다¹⁾. 죄형법정주의에 입각하여 범죄와 형벌의 내용이 명확하게 규정되어야 함은 물론이다. 하지만 모든 범죄의 성립요건을 명확하게 규정할 수 없기 때문에 해석이 불가피하며, 이로 인하여 범죄의 성립범위가 확장될 위험이 있는 것이다. 따라서 법률의 해석에 있어서 신중한 태도를 요함은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 이러한 관점에서 문제가 되는 것이 본고의 주제인 ‘부작위에 의한 방조’이다. 부작위범이라는 범죄유형 자체가 예외적이고, 우리 형법 제18조에서는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험 발생의 원인을 야기한 자가 당해 위험의 발생을 방지하지 아니한 때에는 발생된 결과에 의하여 처벌한다”고 하여 부진정부작위범에 대해 규정하고 있지만 구체적인 내용이나 위험발생 방지 의무의 근거 등에 대해 명기하고 있지 않고 해석에 맡기고 있어 처벌범위의 확장의 우려가 있다²⁾. 더욱이 정범의 행위를 부작위로 방조한 경우 범죄성립 여부 및 그 판단기준이 문제가 된다.

방조는 작위의 형태로 이루어지는 것이 보통이지만 부작위에 의한 방조³⁾도 가능하다는 것이 학설의 다수적인 입장⁴⁾이고 판례⁵⁾도 이와 동일하다. 다만 부작위범이 보충

1) 죄형법정주의에 관한 내용은 헌법 제12조 제1항에 규정되어 있다. 또한 형법 제1조 제1항 ‘범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다’도 죄형법정주의를 표현한 것이라고 할 수 있다. 하지만 형법의 대원칙임에도 불구하고 이에 관한 직접적인 규정이 형법에 존재하지 않는 것에 대해 개정의 필요성이 주장되고 있기도 하다. 손동권, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 24면.

2) 부진정부작위범의 성립 제한에 관한 내용은 류화진, ‘부작위범의 적용범위 제한에 관한 소고’, 법학연구 제26권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2015, 197면 이하 참조.

3) 부작위에 의한 교사의 성립에 대해서 우리나라의 경우는 견해가 대립되고 있고, 일본의 다수설은 부작위에 의한 교사는 성립을 부정하고 있다. 大塚仁, 刑法概説, 有斐閣, 2008, 314면 이하, 大谷實, 刑法講義総論[新版第3版], 成文堂, 2009, 440면 이하 참조.

4) 이정원, ‘부진정부작위범에서의 정범과 공범’ 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 147면.

5) 부작위에 의한 방조(정범)의 성립에 관하여 “중범의 방조행위는 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의한 경우도 포함하는 것으로서 법률상의 정범의 범행을 방지할 의무 있는 자가 그 범행을 알면서도 방지하지 아니하여 그 범행을 용이하게 한 때에도 부작위에 의한 중범이 성립한다”고

인 지위에 있어야 하고, 이러한 경우 주관설, 정범설, 종범설, 구분설의 대립이 있지만 종범설이 우리나라 다수설 및 판례의 태도이다⁶⁾. 우리나라에서는 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 관하여 독일의 학설을 토대로 논의되고 있으며 이에 관하여 1980년부터 1990년 초반까지 수행된 몇 개의 연구를 찾아 볼 수 있으나 최근의 연구는 거의 찾아보기 힘든 실정이다. 일본에서도 동 문제에 관하여 독일의 학설을 중심으로 논의하고 있고, 일부의 학자들은 자신의 학설을 구축하여 논리를 전개하고 있지만 통일적인 의견을 찾아보기는 어려우며 현재도 논의 중이라고 할 수 있다.

아동학대, 배우자폭력 등의 가정폭력이 심각한 사회문제가 되고 있는 가운데 일본에서는 아동학대를 방치한 보호자의 형사책임에 관한 주목할 만한 판례가 등장했다. 동 판례는 원심과 항소심에서 상이한 판결을 내렸다는 점, 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 대해 직접적으로 판시한 점 등 시사하는 바가 크다고 생각된다. 부작위에 의한 방조범과 관련된 쟁점으로는 성립요건 뿐 아니라 정범·공범의 구별 및 그 기준 등이 있다. 본고에서는 시급한 검토가 요구되는 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 대해 동 판례를 토대로 검토하고, 정범·공범의 구별 및 기준⁷⁾은 다음의 과제로 남겨두도록 하겠다.

II. 일본의 부작위에 의한 아동학대 방조 판례

우리나라와 달리 일본의 형법에는 부진정부작위범에 관한 명문 규정이 존재하지 않는다⁸⁾. 일본의 통설 및 판례에 의하면 부작위의 행위 태양이 법규상 명시되어 있

하고 있다(대판 1985.11.26, 85도1906). 그 외에 부작위에 의한 방조의 성립을 인정한 판례는 대판 1996.9.6, 95도2551, 대판 1997.3.14, 96도1639, 대판 2006.4.28, 2003도4128, 판결 등이 있다.

- 6) 부작위범의 경우 작위범과 같이 정범과 방조범의 구별이 문제가 되는 경우는 많지 않다는 것을 전제로 작위적 정범의 실행행위를 방지할 의무가 있는 자가 부작위로 그것을 방치하는 것은 원칙적으로 방조범이 된다는 것이다. 신양균, ‘부작위에 의한 방조’, 형사판례연구 6, 박영사, 1998, 144면 이하.
- 7) 부작위에 의한 공범과 정범의 구별에 대해 부작위범론을 토대로 해결하는 방식과 공범론을 토대로 해결하는 방식이 대립되고 있다.
- 8) 1974년 법제 심의회 총회에서 결정된 개정형법의 초안에는 부진정부작위범에 대한 규정이 있었으나 개정형법초안은 국회에 상정되지 못하여 부진정부작위범에 대한 조문의 신설은 이루어지지 못하였

지 않은 부진정부작위범의 경우 정범자의 범죄를 방지해야할 작위의무를 가진 자가 의무를 위반하여 범죄를 방지하지 않은 경우에 방조범이 성립 된다⁹⁾. 예를 들어 선거장이 관계자의 투표간섭을 묵인하고 제지하지 않은 경우¹⁰⁾, 스트립 극장의 책임자가 공연음란죄에 해당하는 행위를 멈출 것을 지시하지 아니한 채 동 행위가 계속 되게 한 경우¹¹⁾ 등은 고의로 정범의 실행을 원조하였다고 해석하여 방조범의 성립을 인정했다¹²⁾. 이처럼 판례에 의해 부작위에 의한 방조범의 긍정되고 있는 가운데 피해자를 보호 할 책임이 있는 자가 타인에 의해 피해자가 폭행당하고 있는 것을 방관하여 사망에 이르게 한 사안이 발생하였고, 제1심에서는 방조범의 성립을 부정하여 피고인에게 무죄를 선고하였다. 반면 항소심에서는 피고인에게 방조범의 성립을 인정하였는데 동 판결에서는 작위의무의 내용으로써 어떠한 행위가 요구되는가, 작위의무와 결과방지 사이에는 어느 정도의 인과관계를 요하는가 등이 쟁점이 되었다. 동 판례는 최고법원의 판례는 아니지만 공모공동정범의 범위를 넓게 인정하고 있는 일본의 실무에 비추어 보았을 때 중요한 의미를 가지고 있으며 동시에 부작위 범론과 공범론이 교착되었다는 점에서 이론적으로도 큰 주목을 받았다. 그리고 동일한 대륙법계 국가이며 법률상 유사한 점이 많은 우리나라에게도 참고가 되는 판례라고 생각된다. 이하에서는 동 판례의 사실관계와 쟁점 및 법원의 판단 등에 대하여 상세히 검토하고, 시사점을 도출하도록 하겠다.

다. 개정형법초안 제12조 죄가 될 사실의 발생을 방지할 책임을 지는 자가 그 발생을 방지할 수 있었음에도 불구하고 이것을 방지하지 않아 그 사실을 발생시킨 때는 작위에 의한 죄가 되는 사실을 발생시킨 자와 같다. 자세한 내용에 대해서는 馬屋原成男, ‘刑法改正の動向-改正刑法草案と法務省中間案批判-’, 法学論集第14号, 駒澤大学, 1976, 4면 이하 참조.

9) 松生光正, ‘不作為による幫助一作為と同視し得ないとされた事例’, 判例セレクト ‘99(法学教室第234号別冊付録), 有斐閣, 2000, 30면, 村越一造, ‘同棲中の元夫の幼児虐待を制止しなかつた被告人の行為が ‘傷害致死罪の不作為による幫助に該当するとして ‘これを否定して無罪とした原判決が破棄され ‘有罪が言い渡された事例’, 研修第624号, 法務総合研究所, 2000, 13면 이하, 門田成人, ‘不作為による幫助の成立要件’, 法学セミナー第550号, 日本評論社, 2000, 113면.

10) 大判昭和3年3月9日刑集7卷172頁.

11) 最判昭和29年3月2日裁判集刑93号59頁.

12) 佐久間修, 刑法総論, 成文堂, 2014, 391면.

1. 사건의 개요

피고인은 원 남편과의 사이에 장남 및 차남(동 사건의 피해자, 사건 당시 3살)을 낳았지만 1995년 12월 전 남편과 협의 이혼을 하였고 장남과 차남의 친권자가 되어 이들을 양육하게 되었다. 피고인은 근무하고 있던 술집의 손님이었던 갑(본 사건의 정범)과 가까워지게 되어 1996년 3월 장남과 차남을 데리고 갑과 동거하게 되었고 같은 해 7월 임신을 계기로 갑과 혼인하였다. 피고인은 동거를 개시하자마자 갑으로부터 몇 차례의 폭행을 당했고, 그 때마다 친절으로 피신했으나 갑에게 설득되어 돌아가는 것을 반복했다. 하지만 1997년 3월 협의 이혼을 하게 되었으나 며칠 후 갑의 설득에 의해 다시 갑에게 돌아가게 되었고, 3명의 자녀와 함께 동거 생활을 재개하였다. 피고인은 다시 갑의 폭행으로 손과 다리가 붓고 거동을 할 수 없는 상태에 이르자 이번에는 말로 갑과 헤어지기로 결심하고 같은 해 6월에 이사할 준비를 하였지만 이사 당일 갑에게 다시 설득당하여 동거를 계속하게 되었다. 같은 해 7월 피고인은 두 번째 자녀를 임신한 것을 알게 되어 이 사실을 갑에게 전하였으나 그 후에도 갑의 폭행은 계속 되었다. 특히 맨션으로 이사한 후 갑의 폭행은 심해졌고, 피고인의 뺨과 어깨 등을 손바닥과 주먹으로 7~8회 구타하는 등 두 번에 걸쳐 강도의 폭력을 휘둘렀으나 피고인은 아무런 저항도 하지 않았다. 갑은 피고인과 동거를 시작한 이후 장남과 차남에 대해서도 식사 태도가 좋지 않다는 것 등을 이유로 뺨을 손으로 때리는 등의 구타를 하였고, 경제적인 문제가 심각해지자 거의 매일 장남과 차남에 대해 폭력을 가하였다. 피고인도 차남과 장남에게 폭력을 휘두른 적이 있었지만 갑과 함께 폭행한 적은 없었다. 1997년 11월 20일 외출에서 돌아온 갑과 피고인은 집에 장난감이 흩어져 있는 것을 보았고, 이에 갑은 침실에 있는 차남을 꾸짖었음에도 불구하고 아무런 대답을 하지 않자 분노하여 차남의 안면을 손바닥으로 2번 구타한 후 두부를 5번 구타하였다. 그러자 차남은 짧은 비명을 지르며 쓰러졌고 의식을 잃었다. 피고인은 갑이 차남을 큰 소리로 꾸짖는 소리와 뺨을 때리는 소리를 들었으나 지금까지와 동일한 징계를 한다고 생각하여 식사 준비를 하면서 갑의 행동에 무관심한 척을 하였다. 그러던 중 들어본 적 없던 차남의 비명소리를 듣고 침실로 달려갔으나 차남은 이미 움직임이 없는 상태가 되어 있었다. 피고인

과 갑은 서둘러 차남을 차에 태워 병원으로 데려가 수술을 받게 하였으나 뇌기능장애로 사망하였다. 사망당시 차남의 체중은 11.7kg으로 동 연령 아동의 평균체중보다 3.2kg 적었고 극도로 쇠약해진 상태였다.

피고인은 의사로부터 차남이 위독하다는 설명을 듣고 갑 대신에 자신이 범인이 되기로 결의하였고 의사의 신고에 의해 병원으로 출동한 경찰에게 자신의 범행이라고 허위로 진술하여 상해치사죄로 긴급체포 되었다. 피고인은 12월 11일 상해치사죄로 기소되었으나 같은 달 24일 처음으로 동거자인 갑의 범행이라는 것을 자백하여 상해치사에서 상해치사 방조죄로 소인변경이 되었고 갑에 대해서는 징역 6년이 확정되었다¹³⁾.

2. 판결

가. 제1심 판결

제1심의 쿠시로 지방법원은 상해치사방조죄의 성립을 부정하고 피고인에게 무죄를 선고하였다. 판결 내용은 이하와 같다.

우선 부작위에 의한 방조범의 성립요건에 관하여 “타인에 의한 범죄의 실행을 저지할 작위의무가 있는 자가 범죄의 실행을 거의 확실히 방지할 수 있었음에도 불구하고 이것을 방지하고, 요구된 작위의무의 정도 및 요구된 행위를 하는 것의 용이성 등의 관점으로부터 그 부작위를 작위에 의한 방조와 동일시 할 수 있는 것”이라고 정의하였다. 그리고 피고인의 작위의무 유무에 관하여 겨우 3살이 넘는 차남의 유일한 친권자가 피고인 이었던 것, 차남은 영양상태가 좋지 않았고 쇠약한 상태였던 것, 새로운 맨션으로 이사한 후 갑이 장남과 차남에 대해 매일 엄격한 징계(폭력)를 반복한 것, 사건 당일 차남에 대한 갑의 폭력을 저지할 수 있는 자는 피고인 밖에 없었다는 것 등을 고려하면 차남은 생명의 안전 확보를 위해 피고인에게만 의지하고 있었던 상태였고, 또한 피고인은 차남의 생명의 안전을 해칠 우려가 있다는 것을

13) 동 사건의 개요에 대해서는 判例時報第1675号 `1999, 148면 이하, 判例タイムズ No.1044, 2001, 263면 이하, 保条成宏, ‘児童虐待に対する刑事処罰とその限界 (1) —「不作為による幫助」の事実をめぐって’, 中京法学38卷2号, 中京大学法学部, 2003, 168면 이하 참조.

인식하였으므로 폭력을 저지할 작위의무가 있었다고 인정했다. 그리고 이러한 작위의무는 상당히 강한 정도의 것이 아니면 안 되지만 피고인은 갑으로부터 수차례 폭행을 당했고, 갑으로부터 도망치려고 한 것 등을 고려하면 그 작위의무의 정도는 매우 강한 것이었다고 해석하기 어렵다고 하여 작위의무가 있었으나 강력한 정도의 것은 아니었음을 판시하였다.

피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용에 대해 검사측은 ①갑과 차남이 있는 곳으로 가서 폭력을 가하지 않도록 감시하는 행위, ②갑의 폭력을 말로 저지하는 행위 등이 가능했다고 주장하였다. 이에 원심은 죄형법정주의의 견지에서 부진정부작위범 성립의 확장을 방지할 필요가 있고, 더욱이 부진정부작위범의 범위를 보다 확장하게 되는 방조범의 성립에 관한 법해석은 특히 신중한 자세가 요구된다는 것을 고려할 때 갑의 폭행을 저지해야 할 작위의무가 있는 피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용으로는 갑의 폭행을 거의 확실히 저지할 수 있는 행위, 즉 결과방지와 인과성이 인정되는 행위로 해석함이 상당하다고 하였다. 그리고 이러한 관점에서 피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용으로는 갑의 폭행을 실력을 행사하여 막는 것이라고 하였다. 또한 검사측이 주장하고 있는 구체적인 작위의 내용에 관하여 감시하는 행위(①)로는 갑의 폭행을 거의 확실히 저지할 수 없었을 것이라고 하였고, 말로 폭행을 저지하는 행위(②)에 대하여 사건의 정황 및 지금까지의 갑의 폭력적인 행동 등을 고려하면 갑의 폭력을 거의 확실히 막을 수 있다고 하기는 어렵기 때문에 결과방지와 인과관계는 인정되지 않는다고 하여 검사측이 제시한 ①, ②의 행위와 결과방지의 인과성을 부정하였다. 그리고 실력을 행사하여 폭력을 저지하는 행위에 대해서는 피고인이 몸으로 폭력을 저지한 경우 갑의 폭행을 거의 확실히 멈추게 할 수 있었으므로 피고인이 실력을 행사하여 저지하는 것은 불가능하지 않았다고 하여 실력행사에 의한 폭력저지와 결과방지와 인과관계를 긍정하였다. 다음으로 작위의무의 용이성에 대하여 피고인이 실력을 행사하여 폭력을 저지하는 것은 불가능하지 않았지만, 피고인은 갑에게 수차례 심한 폭력을 당한 적이 있었고, 특히 이사 후 갑에게 공포심을 느껴 저항할 수 없었기 때문에 범행 당시 피고인이 실력을 행사하여 갑의 폭력을 저지하는 것이 상당히 곤란한 상태였다고 언급한 후, 피고인이 실력을 행사하여 폭력을 저지한 경우 그로 인하여 부상당할

가능성이 있었다는 사실은 부정하기 어려우며, 경우에 따라서 태아의 건강에 해를 끼칠 우려가 있었기 때문에 피고인이 갑의 폭행을 실력으로 저지하는 것이 현저하게 곤란한 상태였다고 하였다. 이와 같이 원심은 작위의무의 이행과 결과방지와와의 인과관계를 엄격히 해석하고, 이를 토대로 갑에게 요구되는 구체적인 작위의 내용을 “실력행사에 의한 폭력 저지”라고 명시한 후 동 작위의무 이행의 용이성을 부정하는 취지를 밝힌 것이다.

마지막으로 부작위범의 성립요건인 동가치성에 관하여 피고인에게 작위의무가 있었다는 것이 인정되고, 그 작위의무를 이행하는 것은 불가능하지 않았지만 피고인이 실력을 행사하여 갑의 폭력을 방지하는 경우 피고인 및 태아의 건강에 악영향을 끼칠 우려가 있어 갑의 폭력을 실력으로 저지하는 것이 현저히 곤란한 상태였다는 것을 고려해 볼 때 피고인에게 요구된 작위의무의 정도가 어느 정도 강한 것이었다고 하더라도 피고인의 부작위를 작위에 의한 상해치사방조죄와 동일시 하기는 어렵다고 하였다. 이상의 근거를 들어 원심은 피고인의 부작위가 상해치사방조죄에 해당한다고 인정하기 어렵다고 하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.

나. 항소심 판결¹⁴⁾

원심 판결에 대해 검사측은 항소를 하였고 이에 샤프로 고등법원은 원심의 사실 인정 및 법령 적용상의 오류가 있었다는 견해를 밝힌 후 원판결을 파기하고 피고인에 대해 상해치사방조죄(징역 2년 6개월, 집행유예 4년)의 성립을 인정하였다.

항소심에서는 원판결의 사실 인정상의 오류가 있었다고 하였다. 구체적으로는 첫째 피고인이 갑에게 애정의 감정이 없었고 자녀들과 함께 도망가려고 한 것에 대하여 피고인은 갑에게 애정의 감정을 가지고 스스로 내연 내지 혼인관계를 유지했고,

14) 札幌高裁平成12年3月16日判決「破棄自判(確定)」, 항소심에 관한 판례 평석은 中森喜彦, ‘傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例’, 現代刑事法第29号, 現代法律出版, 2001, 95면 이하, 松生光正, ‘不作為による幫助一作為と同視し得ないとされた事例’, 判例セレクト 99(法学教室第234号別冊付録), 有斐閣, 2000, 522면, 門田成人, ‘不作為による幫助の成立要件’, 法学セミナー第550号, 日本評論社, 2000, 113면, 川瀬雄彦, ‘殺人罪について不作為による幫助犯の成否が問題となった事例’, 研修第777号, 法務総合研究所, 2013, 84면 이하, 大塚裕史, ‘不作為による幫助’, 刑法判例百選総論[第6版], 有斐閣, 2008, 172면, 前田雅英, 最新重要判例250刑法[第10版], 弘文堂, 2015, 93면.

둘째 갑에게 공포심을 느껴 차남에 대한 폭력을 저지할 수 없었다는 것에 대하여 평소 피고인은 장남과 차남이 잘못된 태도로 인하여 벌을 받는 것이라고 말해 왔고 또한 이들에게 대해 폭력을 휘두른 적이 있는 것 등을 보아 오직 공포심을 느꼈기 때문에 폭력을 방조한 것으로 보기 어려우며, 셋째 피고인의 방조행위로 인해 차남이 죽음에 이르렀다고 자책하여 자신이 범인이 되기를 자처한 사실에 대하여 이는 자책이 아닌 갑을 보호하기 위해 자신이 범인이라고 진술한 것이며, 넷째 피고인이 실력을 행사하여 갑의 폭력을 저지할 경우 태아의 건강에 악영향을 끼칠 수 있다는 부분에 대하여 지금까지 갑은 피고인이 임신 중인 경우 태아의 건강을 우려하여 복부 이외의 부위에 폭력을 가한 점에 비추어 보아 태아의 건강에 영향을 끼칠 가능성은 크지 않았다고 하였다.

항소심에서는 원심 판결의 법령적용의 오류에 관하여 이하와 같이 판시하였다. 원판결에서 부작위에 의한 방조의 성립요건으로 명기한 “범죄의 실행을 거의 확실하게 저지할 수 있었음에도 불구하고 이것을 방지하였다”라는 것은 부작위에 의한 방조범의 성립요건이 아니라는 것을 밝힌 후 부작위에 의한 방조의 성립요건에 관하여 “정범자의 범죄를 저지해야하는 작위의무 있는 자가 일정한 작위에 의해 정범자의 범죄를 방지할 수 있었음에도 불구하고 이에 대해 인식하면서 일정한 작위를 하지 않아 정범의 범죄 실행을 용이하게 한 경우에 성립하고, 이상의 내용이 작위에 의한 방조와 동일시 할 수 있어야 한다”고 하였다. 또한 항소심은 작위 의무자의 부작위 중에서 오직 결과방지와 인과성이 인정되는 것을 방조행위로 한정하여 피고인에게 구체적으로 요구되는 작위의 내용으로서 갑의 폭행을 실력으로 저지하는 작위만을 상정하고, 폭력을 막기 위해 말이나 감시하는 것을 상정하지 않은 원판결은 죄형법정주의의 견지에서 부진정부작위범의 범위의 확대를 방지할 필요가 있고 특히 부진정부작위범을 확장하는 부작위범의 성립의 인정에는 신중한 태도를 취할 필요가 있었다는 것을 고려하여도 법령의 적용의 오류가 있다고 판단할 수밖에 없다고 하였다. 원심 판결과 동일하게 항소심에서도 작위의무의 존재를 인정하였으나 작위의무의 정도에 관하여 위의 사실에 비추어 보아 매우 강도의 것이라고 할 수 없다는 원심의 판시는 사실인정의 오류에 의해 그 전제가 부정되며 작위의무의 정도를 매우 강도의 것이었다고 해석해야 한다고 하였다.

항소심에서는 작위의 내용과 폭력 방지 가능성 및 용이성에 대해 이하와 같은 견해를 밝혔다. 우선 검사 측이 주장한 감시하여 폭력을 저지하는 행위(①)에 대해 피고인이 차남을 폭행하고 있었던 침실 쪽으로 이동하는 것은 어렵지 않았고, 갑은 피고인을 의식하면서 폭력을 휘둘렀다는 사실이 인정되므로 피고인의 감시 행위를 통한 폭력의 심리적 억제 효과의 기대할 수 있었을 것이라고 하였다. 다음으로 말로 폭력을 저지하는 행위(②)에 대해 갑을 진정시키거나 폭력을 저지하는 말에 대해 생각해야 하지만 범행 장소로 이동할 필요가 없다는 점에서 오히려 ①보다 용이한 점이 있었으며 ‘그만둬’라고 외치거나, 차남의 행동에 대해 변명하고 대신 사과하는 것 등으로 폭력을 멈추게 할 수 있었을 것이라고 하였다. 따라서 실력 행사를 통한 폭력저지는 물론 ①, ②를 통하여 갑의 폭력을 멈추게 하는 것도 가능했고 또한 용이했다고 판시하였다.

이상의 근거를 토대로 항소심은 차남에 대한 갑의 폭력을 저지할 자는 피고인 밖에 없었으므로 차남의 생명, 신체 안전의 확보는 피고인에게만 의지했으며 피고인에게는 폭력을 저지할 작위의무가 인정되고 이는 강도의 것이라고 언급한 후, 작위 의무의 내용으로 감시하는 행위, 말로 폭력을 저지하는 행위, 실력으로 폭력을 저지하는 행위 세 가지로 상정할 수 있으며 용이한 것부터 단계적으로 행하거나 복합적으로 행하여 갑의 폭력을 저지하는 것이 가능했기 때문에 피고인의 부작위에 의해 갑의 폭행이 용이하게 된 것은 의심할 여지가 없다고 하여 피고인에게 부작위에 의한 상해치사 방조죄의 성립을 인정했다.

3. 검토

이상에서 검토한 바와 같이 원심 판결은 부작위에 의한 방조에 있어서 부진정부작위 범으로서의 독자성을 인정하여 부작위범의 고유의 성립요건을 정립하는 것에 초점을 맞춘 것에 비해 항소심은 부작위에 의한 방조가 어디까지 방조의 한 형태인 것에 착목하여 성립요건의 판단에 있어 작위에 의한 방조의 해결방법을 도입하여 판결을 내렸다¹⁵⁾. 따라서 원심과 항소심은 상이한 판결을 내렸으며 이러한 원인을 구체적으로

15) 保条成宏, 앞의 논문, 184면.

살펴보면 사실관계에 관한 견해와 법해석상의 차이가 있었기 때문이었다는 것을 알 수 있다. 사실관계 인정에 대한 견해의 차이는 본 건 당시 피고인의 심리상태 및 피고인과 정범(갑)의 관계에 관한 것이다¹⁶⁾. 원심에서는 범행당시 피고인은 갑에게 애정의 감정이 아닌 공포심을 느끼고 있었으며 차남의 사망에 대한 자책으로 갑 대신에 범인이 되는 선택을 했다고 해석하였다. 반면 항소심에서는 차남에 대한 갑의 폭행을 저지하지 않은 이유는 갑에 대한 애정이 있었기 때문이었고 차남의 친권자라는 입장보다는 갑과의 내연관계를 우선시하여 차남에 대한 갑의 폭행을 묵인했다고 하였다¹⁷⁾. 이와 같은 사실관계 인정의 차이는 작위의무의 실현 가능 정도와 관계가 있다. 원심에서는 피고인이 갑에 대해 공포심을 느끼고 있었기 때문에 갑의 폭력적 행위를 실력으로 저지하는 것이 상당히 곤란했다고 해석한 반면, 항소심에서는 피고인이 갑에 대해 공포심이 아닌 애정을 느끼고 있었기 때문에 상당히 곤란했다고 보기 어렵다고 했다. 또한 임신 중이었던 피고인이 실력을 행사하여 차남에 대한 갑의 폭력을 저지한 경우 태아의 건강에 미치는 영향의 유무에 관하여 원심에서는 피고인이 갑에게 폭행을 당하여 태아의 건강에 악영향을 줄 가능성이 있음을 추상적으로 인정한 반면 항소심에서는 과거 갑의 폭력과 그 정도에 비추어 보아 태아의 건강에 대한 영향을 줄 가능성이 낮다는 것을 구체적으로 검토하였다.

다음으로 법해석에 관한 판단의 변경은 부작위에 의한 방조의 성립을 인정하기 위한 범행 방지 가능성 정도에 관한 내용이다. 원심에서는 “범죄의 실행을 거의 확실히 저지할 수 있었다”고 할 수 있을 정도의 범행 방지 가능성이 필요하다고 해석하였으나 항소심에서는 “정범의 범행을 방지하는 것이 가능했다”라고 해석되면 충분하다고 하였다. 지금까지 일본의 판례상 부작위에 의한 방조의 성립요건 중 범행 방지 가능성에 대해 원심과 같이 상당히 엄격하게 요구한 판례는 찾아 볼 수 없으며 항소심의 판단이 보다 일반적인 것이라고 사료된다. 종래의 일본 판례에서는 명령된 작위를 행한 경우 정범의 범행을 저지할 가능성이 있었음에도 불구하고 그러한 작위를 행하지 않아 정범의 범행을 용이하게 했다고 논하고 있을 뿐이며 더욱이 범행방지 가능성에 대해 구체적으로 검토한 예도 드물다고 할 수 있다¹⁸⁾. 방조범이 성립하기 위해서는

16) 中森喜彦, ‘傷害致死行為に対する不作為による幫助の成立を認めた事例’, 現代刑事法第29号, 現代法律出版, 2001, 97면.

17) 村越一造, 앞의 논문, 21-22면.

정범의 실행에 불가결한 것일 필요는 없고¹⁹⁾, 방조로 인하여 정범의 실행행위가 용이해지면 족하다는 것이 일본의 다수적인 견해이다²⁰⁾. 이러한 방조범의 원리를 부진정부작위범에 의한 방조의 사례에 적용한다고 하더라도 요구되는 작위의무의 이행이 범죄의 실행에 장애가 되면 족하다고 해석하는 것이 보다 바람직하며 항소심도 이와 같은 견해를 보이고 있다. 반면 원심은 죄형법정주의의 견지에서 범행방지의 확실성을 요구해야 한다고 논하고 있다. 국가의 형벌권으로부터 국민의 자유와 권리를 보호하여야 함은 말할 필요도 없으며, 이러한 관점에서 예외적으로 인정하고 있는 범죄의 성립범위가 확장되는 것에 대해 경계해야 하고, 동시에 적절한 제한이 필요함은 부정할 수 없다. 더욱이 본 건 피고인의 행위 태양은 부진정부작위범과 방조범이 결합한 것으로 당해 행위의 평가 및 법해석에 있어 보다 신중한 자세가 요구되는 것은 분명하다. 하지만 죄형법정주의의 견지에서 부작위에 의한 방조범의 성립에 관한 신중한 검토가 요구된다고 하더라도 이것이 인과성의 정도를 엄격히 설정하는 것과 직결된다고 할 수 없다. 이는 작위의무의 판단이나 작위와의 동가치성을 신중히 검토하여 대처할 문제라고 할 수 있기 때문에 원심과 같이 결과발생에 대한 영향의 정도를 작위에 의한 방조와 달리 엄격하게 설정하는 방식으로 그 성립범위를 제한하는 것이 정당한지에 대해서는 의문이 남는다²¹⁾. 원심은 작위행위의 내용 및 용이성 등을 토대로 방조범의 성립을 부정했다. 즉 방조범이 성립하기 위해서는 작위행위와 범행 방지 사이에 상당 정도의 인과관계(범죄의 실행을 거의 확실히 저지할 것)가 요구된다고 하고 있으므로 범죄의 실행을 확실히 저지하기 위한 작위행위의 구체적인 내용으로서 말로 저지하는 행위, 감시하는 행위는 인과성을 결여하기 때문에 부정되고, 피고인이

18) 中森喜彦, 앞의 논문, 97면.

19) 大判大正2年7月7日刑録19輯771頁 ‘大判大正11年10月6日刑集1卷530頁 ‘大判昭和4年2月19日刑集8卷84頁’.

20) 最判昭和24年10月1日刑集3卷10号1629頁는 “중범은 타인의 범죄에 가공할 의사를 가지고 유형 또는 무형의 방법으로 정범의 행위를 방조하고, 타인의 범죄를 용이하게 하는 것이다”고 판시하고 있으며 일본의 학설도 방조행위가 정범의 행위에 대한 것인지, 결과에 대한 것인지에 대해 다툼이 있지만 정범의 실행을 용이하게 하는 것이라고 해석하는 것이 통설적인 견해이다. 자세한 내용은 大塚仁, 앞의 책, 320면, 大谷實, 刑法講義總論[新版第4版], 成文堂, 2013, 441면, 濱田新, ‘不作為による幫助の因果關係について’, 法学政治学論究第104卷, 『法学政治学論究』編集委員会, 2015, 198면, 日高義博, 刑法總論, 成文堂, 2015, 502면 등 참조.

21) 村越一造, 앞의 논문, 21면.

실력을 행사하여 직접적으로 폭력을 저지하는 하는 행위만 작위의무의 내용으로 인정되는 것이다. 작위의무의 내용 및 정도를 이와 같은 수준으로 설정한 경우 임신 중이었던 피고인은 태아 및 본인의 건강에 대한 악영향을 우려하여 폭력의 저지를 위한 물리적인 행위를 할 가능성이 낮아지게 된다. 더욱이 원심에서는 방조범과 정범의 관계에 대해 피고인은 갑에게 수차례 폭행을 당해왔고 갑으로부터 도망칠 계획을 하고 있었으며 애정의 감정이 아닌 공포심을 느끼고 있다고 하여 작위의 실행 가능성이 낮았다고 판시함과 동시에 행위의 용이성도 부정하였다. 하지만 항소심에서 지적하는 바와 같이 실력 행사를 통해 폭력을 저지한 경우 피고인이 부상을 당할 가능성이 있었음은 부정할 수 없지만 피고인이 임신한 경우 갑은 복부가 아닌 다른 부위에 폭력을 가한 것 등에 비추어 보았을 때 태아의 건강에 영향을 끼칠 가능성은 낮았고 그 외의 제반 사정을 고려하여도 실력 행사를 통해 폭력을 저지하는 것이 불가능했다고 할 수 없다. 따라서 비교적 용이한 행위(갑시와 말을 통해 폭력을 저지하는 행위)를 포함한 일정의 작위에 의해 갑의 폭력을 저지할 수 있었다는 것을 고려하여 피고인의 행위는 작위에 의한 방조범의 경우와 동시된다고 해석함이 타당하다고 사료된다.

Ⅲ. 부작위에 의한 방조의 성립요건

정범의 범죄행위를 부작위에 의해 방조한 경우 이를 둘러싼 주요 쟁점은 부작위에 의한 공범(방조범)과 정범의 구별²²⁾ 및 방조범의 성립요건 등이라고 할 수 있다. 부작위에 의한 방조는 가정폭력과 관련하여 더욱 문제가 된다. 가정폭력의 경우 외부에서 보기 힘든 가정 내에서 이루어지며, 한명의 가해자가 여러 명의 피해자에게 폭력을 가할 가능성이 높다²³⁾. 가정폭력 중복발생의 전형적인 예로 배우자폭력과

22) 일본에서는 부작위에 의한 공범과 정범의 구별에 대해 부작위범론을 토대로 해결하는 방식과 공범론을 토대로 해결하는 방식이 대립되고 있다. 공범론을 기초로 하는 견해는 행위범에 있어서 정범과 공범의 구별 기준을 부작위범에 그대로 적용하기 때문에 여러 가지 결함을 보이고 있어 최근에는 부작위범을 기초로 하는 견해가 유력하다. 부작위범을 기초로 하는 견해는 크게 원칙방조설, 원칙정범설, 의무구별설로 나뉜다. 자세한 내용에 대해서는 阿部純二, ‘不作為による従犯に関する最近の判例について’, 研修第639号, 法務総合研究所, 2001, 5면 이하.

23) 2004년에 시행된 동경도 생활문화국이 발표한 보고서에 의하면 50% 이상의 가정에서 배우자폭력

아동학대가 동시에 존재하는 것을 들 수 있다. 이러한 경우 폭력의 피해자가 다른 가족구성원에 대한 가해자의 폭력 등을 저지하기 위하여 적극적인 조치를 취하는 것은 기대하기 어렵고 폭력을 방지하는 경우 상해죄, 폭행죄 등의 방조범이 성립할 수 있다. 가정폭력의 중복 발생의 경향 및 발생 건수 증가 추세²⁴⁾ 등을 고려하였을 때 부작용으로 가정폭력을 방조한 자의 행위에 대한 평가 및 범죄 성립요건에 대한 검토가 시급하다고 하겠다. 이와 같은 사안에 대해 항소심인 삿포로 고등법원에서는 부작용에 의한 방조범이 성립하기 위하여 ①정범자의 범죄를 방지해야 하는 작위의무가 있는 자가 ②일정의 작위에 의해 정범자의 범죄를 방지할 수 있었음에도 불구하고 ③이것을 인식하면서 작위의무를 이행하지 않고 ④범죄의 실행을 용이하게 하였으며 ⑤이상의 행위가 작위에 의한 방조와 동일시 할 수 있었을 때 성립한다고 판시하였다. 본 장에서는 위에서 검토한 일본의 판례에서 쟁점이 된 범죄성립요건을 토대로 우리나라와 일본의 학설을 비교 검토하여 부작용에 의한 방조의 성립요건을 유형화하고 구체화 하는 시도를 하도록 하겠다.

1. 작위의무의 내용 및 인과관계

부작용에 의한 방조가 성립되기 위해서는 우선 방조자에게 작위를 통해 범행을 방지할 의무가 있어야 한다. 부작용범 특히 부진정부작위범에 대한 비난은 부작용 행위자에게 구성요건 실현을 방지(결과 발생의 위험을 제거)해야 할 의무가 있었음에도 불구하고 그와 같은 의무를 이행하지 않아 결과를 발생시킨 경우 가능하기 때문이다²⁵⁾. 우리 형법 제18조에서도 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의

과 아동학대가 중복하여 발생한다고 조사되었다. 자세한 내용은 東京都生活文化局, 配偶者からの暴力に関する調査, 2004, 10면 참조. 그 외에 조미숙 역, 가정폭력이 아동 및 청소년에게 미치는 영향, 21세기사, 2005, 70면 이하. 이원숙/박미선, 가정폭력 프로그램, 학지사, 2010, 83면 이하 참조.

24) 가정보호사건으로 검찰에서 법원에 송치된 건수를 보면 10년 전인 2006년에는 4,221건이었으나 2015년에는 20,131건으로 약 4.8배가 증가하였다. 이는 실제로 가정폭력 발생 건수의 증가와 함께 가정폭력사건에 대한 수사기관의 적극적인 대처가 함께 작용한 결과라고 할 수 있다. 그리고 2015년 접수된 가정보호사건의 죄명별 현황을 보면 상해·폭행이 16,994건(84.4%)으로 신체적인 폭력이 큰 비중을 차지하고 있다는 것을 알 수 있다. 법무연수원, 2016 범죄백서, 2017, 355면.

25) 정혜옥, ‘부진정부작위범의 작위의무에 관한 연구’, 법학논문집 제37집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2013, 187면.

행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가...”라고 하여 작위의무의 존재를 방조범 처벌의 전제조건으로 하고 있다. 반면 일본의 경우 부진정부작위범에 관하여 형법상 규정되어 있지 않지만 학설 및 판례는 이견 없이 부진정부작위범자에게 작위의무가 필요하다고 해석하고 있다. 부진정부작위범의 처벌 범위의 확장의 방지와 보충성의 원칙의 견지에서 구성요건실현의 방지 의무는 법적 의무로 제한된다고 할 수 있으므로 도덕상 또는 종교상의 의무는 포함되지 않는다. 우리 판례에서도 부작위범의 성립을 인정하기 위해서는 “형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과 발생을 방지할 법적인 작위의무를 지고 있는 자”라는 표현을 사용하여 부작위범의 성립을 위해 법적인 작위의무가 있어야 함을 명기하고 있다²⁶⁾.

다음으로 문제가 되는 것은 부작위에 의한 방조범의 성립요건으로서의 작위의무의 내용 및 인과관계이다. 우선 방조행위와 정범의 실행행위와의 인과관계에 관하여 필요설과 불필요설이 대립되고 있고 인과관계 필요설이 우리나라와 일본의 통설적인 입장²⁷⁾이다. 방조범의 본질에 관한 이해는 공범독립성설과 공범종속성설에 따라 달라지고 우리나라와 일본²⁸⁾의 다수설인 공범종속설에 의하면 가벌적인 방조범이 되기 위해서는 피방조자의 실행행위를 요하므로²⁹⁾ 방조행위와 정범의 실행 및 정범결과 사이에는 인과관계가 요구된다고 해석할 수 있다. 요컨대 부작위에 의한 방조범에 관한 사례에서 방조범의 처벌 근거는 범행방지의 작위의무를 가지고 있는 자가 그것을 이행하지 않음으로 인하여 발생한 (정범 행위에 의한)법익침해에 있다. 따라서 방조범이 성립하기 위해서는 방조행위와 정범의 실행행위 사이에 인과관계가 존재해야 하는 것이다. 또한 인과관계 불요설에 의하면 방조범의 불법내용을 위험범으로 이해하게 되어 결과적으로 기도된 방조범을 처벌한다는 부당한 결과에 이르게 되므로 방조행위

26) 대판 1996.9.6, 95도2551, 대판 1997.3.14, 96도1639, 대판 1996.9.6, 95도2551, 대판 2006.4.28, 2003도4128 등.

27) 손동권, 앞의 책, 599면, 김일수/서보학, 앞의 책, 493면, 오영근, 앞의 책, 185면, 山中敬一, 刑法總論[第3版], 成文堂, 2015, 983면, 井田良, 講義刑法学·総論, 有斐閣, 2015, 494면, 大谷實, 앞의 책, 445면 이하, 조기영, ‘정신적 방조와 방조범의 인과관계’, 형사법연구 제26권 제3호, 2014, 72면 이하.

28) 일본의 판례도 공범의 종속성을 전제로 하고 있다. 大判大正6年7月5日刑録23輯787頁 `大判大正12年7月12日刑集2卷718頁.

29) 손동권, 앞의 책, 595면, 山中敬一, 앞의 책, 983면.

와 정범의 실행행위 사이에 인과관계를 요하는 필요성이 타당하다고 생각된다.

인과관계의 정도 및 작위의 내용에 관하여 원심은 부작위에 의한 방조범 성립을 위해 요구되는 작위의 내용을 “폭행을 거의 확실히 저지할 수 있는 행위”라고 하여 결과방지와 인과성이 상당 정도 인정되는 행위에 한정하고 있다. 즉 방조의 인과성에 대해 부작위의 경우와 작위의 경우를 다르게 해석하여 이와 같은 결론에 이르게 된 것이다. 반면 항소심은 이러한 요건을 설정하여 동죄의 성립범위를 제한시키는 것은 법해석·적용의 오류라고 하였다. 공범의 처벌근거에 관한 일본의 학설 중 야기설·인과공범론에 의하면 정범결과와의 인과성이 요구되지만 그 정도는 정범의 결과를 촉진 또는 강화하면 충분하다고 이해되고 있음에도 불구하고³⁰⁾ 원심은 부작위에 의한 방조에 대해서만 엄격하게 해석하고 있으며, 이에 대한 타당한 근거를 제시하고 있지 않다. 또한 원심에서 부작위에 의한 방조범의 성립요건으로 들고 있는 결과방지와 상당한 인과성은 형법의 보충성, 최후 수단성을 고려해도 너무 엄격한 것이라고 하지 않을 수 없으며 이러한 논거는 설득력을 잃는다고 생각된다. 우리나라에서도 종범의 구성요건으로서의 방조는 “실행행위 이외의 행위로 정범을 원조하며, 정범의 범죄 실행을 용이하게 하거나 강화하는 일체의 행위”를 의미한다고 해석하며³¹⁾ 판례도 정범이 범행을 한다는 점을 알면서 그 “실행행위를 용이”하게 하는 행위로 정의하고 있다³²⁾. 따라서 방조행위와 인과관계에 대해 정범결과와 방지와 상당 정도의 인과관계를 요하는 원심 판결에는 오류가 있다고 하지 않을 수 없다. 방조행위와 인과관계에 관하여 합법칙적 조건설, 상당인과관계설, 기회증대설 등의 학설이 있다. 방조범에게 요구되는 내용은 정범의 범죄 실행을 용이하게 하거나 강화시킨 것으로 인정되면 족하다고 할 수 있다. 따라서 가벌적 방조행위가 성립하기 위해 통상의 인과관계나 수정된 인과관계의 존재만으로 불충분하고 방조행위가 피해자에 대한 위협을 증가시키고 행위자에게 결과야기의 기회를 증가시켰다는 기회증대설이 타당하다고 사료되

30) 高橋則夫, ‘不作為による幫助犯の成否, 現代刑事法第14卷, 現代法律出版, 2000, 102면, 大谷實, 앞의 책 445면 이하.

31) 승재현, ‘종범의 성립시기와 처벌범위-소위 승계적 종범의 형사법적 쟁점을 중심으로-’, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011, 177면 이하, 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2014, 491면 이하, 손동권, 앞의 책, 595면, 오영근, 신형법입문(제4판), 박영사, 2016, 184면 이하.

32) 대판 2005.4.29, 2003도6056.

며³³⁾ 부작위에 의한 방조범이 성립하기 위해서는 작위의무의 존재, 정범의 결과 야기의 기회 및 피해자 위험의 증대를 요건으로 해야 한다고 생각된다.

2. 작위의 가능성·용이성

일정한 장소, 시점에서 사람이 할 수 있는 작위는 제한되어 있지만, 사람이 할 수 있는 부작위는 무한하므로 이 중에서 형법상 의미 있는 부작위를 추출하고, 적절한 법적 평가를 하는 것은 중요하다³⁴⁾. 이러한 관점에서 부진정부작위범이 성립하기 위한 요건으로서의 작위의무의 내용 및 인과관계에 관해서는 이미 위에서 검토했으며 그 다음은 어떠한 상황에 놓인 작위의무자가 작위의무를 수행하는 것이 가능하였는지에 관하여 검토해야 한다. “법은 불가능한 것을 의무지우지 않는다”는 대원칙에 의해 이행할 수 없는 것을 이행하도록 법이 강요할 수 없기 때문이다³⁵⁾. 작위의무를 이행할 수 없는 경우에는 부작위가 위법하다고 평가할 수 없으며, 작위의무를 이행하지 않은 자에 대한 비난가능성도 낮아지게 될 것이다. 그러므로 부작위범에 대한 비난을 하기 위해서는 상정된 작위를 이행할 수 있는 것이 전제가 되어야 하며 작위의무의 이행이 가능한 경우라고 하더라도 현저하게 곤란한 경우에는 그것을 강요할 수 없기 때문에 작위의 용이성도 요건이 된다고 할 수 있다³⁶⁾. 가능성 및 용이성의 정의와 양자의 관계는 명확하지 않으나 용이성의 개념이 가능성의 개념에 포함된다고 할 수 있다³⁷⁾. 즉 가능성이 보다 넓은 개념이며 그 정도에 따라 용이 또는 곤란 등으로 나뉜다. 따라서 가능성이 없다고 해석되는 경우 용이성도 당연히 부정되므로 용이성에 대한 검토는 불필요하게 된다.

작위의 가능성·용이성에 대한 원심과 항소심의 판단은 일치하지 않았으며, 전자는 작위의 가능성을 긍정, 용이성은 부정했고, 후자는 작위의 가능성 및 용이성을 긍정했

33) 김일수/서보학, 앞의 책, 493면, 손동권, 600면.

34) 오영근, 앞의 책, 76면.

35) 손동권, 앞의 책, 398면, 김일수/서보학, 위의 책, 356면 이하, 하태영, ‘형법상 부작위범이 인정되기 위한 조건’, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003, 544면 이하.

36) 大塚裕史, ‘不作為による幫助’, 刑法判例百選總論[第6版], 有斐閣, 2008, 173면.

37) 高橋則夫, 앞의 논문, 102면 이하.

다. 하지만 여기서 판결의 결과보다 중요한 것은 부작위에 의한 방조범 성립 여부를 좌우하는 작위의 가능성·용이성에 대한 판단기준이라고 할 수 있다. 원심에서는 피고인이 갑의 폭력을 실력으로 저지하는 것은 불가능하지 않았지만(가능성) 갑의 폭력으로 부상당할 가능성이 있는 이상 실력 행사를 통하여 저지하는 것이 곤란한 심리상태에 있었다고 해석하여(용이성) 작위의 가능성에 대해 일반인을 기준으로 용이성에 대해 피고인의 상황을 토대로 판단하였다³⁸⁾. 항소심에서는 범죄 행위의 방지 가능성과 용이성에 대해 순차적으로 검토하지 않고 양자를 함께 검토했다. 그리고 이러한 판단은 피고인의 개별·구체적인 상황을 토대로 행해졌다. 부작위범에서 작위의무의 구체적인 내용으로 인정되는 행위를 이행하는 것이 가능하였는지 여부에 대해 검토할 경우 일반인을 기준으로 작위이행 가능성과 함께 행위자가 처한 상황과 행위자의 능력을 기준으로 작위 이행에 대한 용이성이 있었는지 판단하는 것이 바람직하다고 생각한다³⁹⁾. 일반인을 기준으로 작위의 이행이 객관적으로 가능하였다고 하더라도 행위자가 처한 제반 사정이나 능력 등에 비추어 보아 작위의무를 이행할 경우 본인의 법익 침해 가능성이 있다면 자신의 법익을 희생시켜 작위의무를 이행하도록 강요하는 것은 불가능하기 때문이다. 자신의 법익 침해의 위험성과 작위의무의 이행 사이에 적절한 절충점을 찾는 것, 그리고 작위의무 이행에 따른 희생(법익 침해의 위험성)을 작위의 가능성·용이성의 평가에 어느 정도 고려하여 하는지에 관한 기준을 설정하는 것은 상당히 어려운 문제이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 법익침해의 결과를 방지하기 위하여 작위의무를 이행하여야 하는 노력이 어느 정도까지인지, 그리고 어느 정도까지의 작위의무를 이행한 경우 비난가능성이 낮아지게 되는지 등에 대해 검토해야 한다. 예를 들어 긴급피난에 있어서의 논의와 같이 이익교량의 원칙을 토대로 우월성의 원칙에 따라 판단할 것인지, 책임론에서와 같이 기대가능성을 토대로 판단할 것인지 등에 대해 구체적인 논의를 할 필요가 있다.

우리나라의 경우 부작위범의 성립요건에 있어서 작위 가능성(결과방지 가능성)은 일반적으로 요구되고 있지만 용이성까지 그 요건으로 명기하는 경우는 많지 않다.

38) 高橋則夫, 위의 논문, 102면.

39) 작위가능성 판단에 대해 행위자 능력을 기준으로 확정해야 한다고 주장하는 연구로는 이용식, ‘부진정부작위범에 있어서 작위가능성과 결과회피가능성의 의미 내용-부작위범의 실행행위와 인과관계의 구별’, 고시계 제50권 제7호, 2005, 35면 이하.

가능성의 범위 안에 용이성이 포함되기 때문에 별도의 검토를 거칠 필요가 없다고 할 수 있다. 하지만 부진정부작위범의 처벌 범위의 확장에 대한 경계와 처벌 범위의 확장을 방지하기 위해 적절한 제한을 가해야 함은 오래전부터 지적되어 왔으며 이러한 문제를 해결하기 위한 방법 중 하나가 ‘용이성’⁴⁰⁾이라는 요건을 추가하는 것이라고 생각한다⁴¹⁾. 즉 일반인을 기준으로 객관적인 입장에서 작위의무를 이행할 가능성이 있었는지 여부를 검토한 후 행위자의 상황 및 능력, 그리고 심리상태 등의 주관면까지 고려하여 용이성이 있었다고 판단되는 경우에 한하여 작위 가능성(결과방지 가능성)을 인정하여 그 성립범위를 효율적으로 제한할 필요가 있다고 생각된다.

3. 동가치성

부작위에 의한 방조가 인정되기 위해서는 부작위를 작위에 의한 방조와 동일시할 수 있다는 평가가 가능해야 한다. 구성요건 자체가 부작위 형식으로 규정되어 있는 진정부작위범과는 달리 부진정부작위범은 작위의 형식으로 실행될 것을 상정하여 규정된 범죄를 부작위의 형식으로 실현하는 것이기 때문에 해석이 필요하고, 이러한 해석이 죄형법정주의에 위배되지 않도록 신중을 기해야 함은 물론이다. 따라서 부진정부작위범을 작위범과 동일하게 취급하기 위해서는 양자에 대해 동일한 법적평가를 할 수 있어야 한다⁴²⁾. 우리 형법에서는 부진정부작위범의 성립요건으로 부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현에 상응해야 한다는 것에 대해 명기하고 있지 않으나 동가치성을 요한다는 것이 통설⁴³⁾ 및 판례⁴⁴⁾의 입장이며, 일본도 동일한 입장을 취하고 있다⁴⁵⁾. 부작위에 의한 방조의 성립을 인정하기 위한 구성요건 요소

40) 용이성의 부재를 근거로 부작위범의 성립을 제한한 판례는 대판 2010.1.14, 2009도12103.

41) 부작위범 성립 제한을 위한 또 다른 방법으로 ‘결과’의 발생을 방지하여야 할 자’의 규정에 대한 엄격한 해석을 요한다고 주장하는 학자도 있다. 자세한 내용은 류화진, 앞의 논문, 197면 이하 참조.

42) 원형식, ‘부진정부작위범의 인과관계와 객관적 귀속’, 중앙법학 제12집 제4호, 중앙법학회, 2010, 118면.

43) 이정원, ‘부진정부작위범의 구조적 문제점’, 형사법연구 제14권, 한국형사법학회, 2000, 235면 이하, 하태영, 앞의 논문, 549면, 배종대, 형법총론 제10판, 홍문사, 2011, 753면, 신동운, 형법총론 제5판, 법문사, 2011, 121면, 손동권, 앞의 책, 411면, 김일수/서보학, 앞의 책, 369면, 오영근, 79면.

44) 대판 1997.3.14, 96도1639, 대판 2002.1.22, 2001도2254 등.

로서 동가치성을 요구하는 것을 통해⁴⁶⁾ 부진정부작위범의 성립 범위의 확대를 효과적으로 제한하기 위한 필터의 역할 수행하는 것을 기대할 수 있을 것이다⁴⁷⁾.

위의 사례의 원심, 항소심에서 부작위에 의한 방조의 성립요건으로 언급된 동가치성은 우리나라는 물론 일본의 학설에서도 일반적으로 구성요건적 동가치성의 형태로 부진정부작위범의 성립요건의 하나로 자리매김하고 있다. 하지만 이러한 구성요건적 동가치성의 의미 및 내용에 대해서는 다양한 설명이 이루어지고 있다⁴⁸⁾. 원심에서는 부진정부작위범의 일반적 성립요건 중 하나인 동가치성이 부작위에 의한 방조의 성립요건으로서도 중요하다고 해석하고 있다. 원심에서는 부작위에 의한 방조의 “부진정부작위범”으로서의 성격에 초점을 맞춰 작위에 의한 방조와 구별되는 독자성을 부여함으로써 작위범과 다른 성격을 가지고 있는 부작위범 고유의 성립요건을 정립하고 그 처벌범위를 한정했다. 반면 항소심에서는 공범론을 토대로 작위에 의한 방조의 구성요건에 입각하여 부작위에 의한 방조의 문제를 해결하고 있다. 양 판결이 문제 해결을 위해 접근하는 방식에는 차이가 있지만 부작위에 의한 방조범의 성립요건으로 동가치성을 요구하는 점은 동일하다. 법익침해의 결과에 대한 인과관계를 직접 야기한 작위범과 그렇지 아니한 부작위범이 동일한 법조문으로 처벌되는 이상 양자에게 동등한 법적평가를 할 수 있는 것이 부작위범의 성립요건의 일부가 되어야 함은 분명하다. 따라서 위에서 언급한 바와 같이 작위의무의 존재, 작위의 가능성·용이성도 부작위에 의한 방조범의 객관적 구성요건 요소가 되지만

45) 부작위범의 요건으로서의 동가치성은 실질적 의미에서의 작위의무의 발생근거를 기초하고 한정하기 위한 지도 원리인지, 작위의무의 존재를 전제로 부작위의 성립을 한정하는 요건의 총칭인지에 관해서는 견해의 대립이 있지만 일괄적으로 부작위범이 성립하기 위해 동가치성을 요구하고 있다. 山中敬一, 앞의 책, 238면, 佐久間修, 앞의 책, 79면 이하, 大谷實, 132면, 日高義博, 앞의 책, 143면.

46) 부진정부작위범에 있어서 행위태양의 동가치성은 그 구성요건을 구체적으로 완성시키는 기능을 수행한다고 보는 견해는 문채규, ‘부진정부작위범에 있어서 상용성 요건의 허와 실’, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법연구회, 2009, 183면 이하 참조. 동 견해에 반대하는 입장은 송재현, ‘부진정부작위범에 있어서 행위태양 동가치성의 필요성’, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 199면 이하 참조.

47) 川端博, 刑法, 成文堂, 2014, 79면 이하.

48) 부작위를 작위와 같이 평가할 수 있는 행위라는 강력한 요소가 있어야 한다는 의미, 부작위가 작위에 의한 구성요건의 실현과 같은 정도의 위법성을 갖추어야 한다는 의미, 부작위가 작위와 동일시 할 수 있는 정도의 법익 침해의 유형적인 위험성을 가지고 있어야 한다는 의미 등으로 설명되고 있다.

동가치성의 판단은 작위의무와 독립하여 평가해야 한다⁴⁹⁾. 만일 작위의 의무 및 가능성·용이성이 인정된다고 하더라도 동가치성이 부정되는 경우 범죄가 성립하지 않는다. 이러한 판단에 있어서 고려할 수 있는 사항으로는 지배영역성(배타성)을 들 수 있다. 예를 들어 행인을 자동차로 친 자가 피해자를 구조하기 위해 병원으로 이동했지만 도중에 사고가 발각되어 자신이 처벌받을 것을 우려하여 피해자를 방치한 경우에 방치 장소가 인적이 드문 깊은 산속인 경우와 사람의 통행이 잦은 길인 경우를 가정해보자. 전자의 경우 피해자를 산속 깊은 곳에 방치한 경우 제3자에 의해 구조될 가능성이 매우 희박하므로 피해자가 사망에 이른 경우 살인죄가 성립할 가능성이 있다. 반면 후자의 경우 제3자에 의해 구조될 가능성이 높으므로 행위자의 부작위를 살인행위와 동가치성이 있다고 인정하기 어렵다⁵⁰⁾. 이와 같은 의미에서 부작위에 의한 아동학대 방조 사안에서는 당시 가정 내에 피해자였던 차남을 구조할 수 있는 것은 피고인 밖에 없었으므로 배타성이 있었다고 평가되며, 작위의무의 존재 및 가능성·용이성이 긍정되므로 아동학대의 방조범 성립을 인정한 항소심의 판단은 타당하다고 생각된다.

IV. 맺는 말

범죄와 형벌에 관한 법률인 형법은 국민의 법익을 보호하는 중요한 기능을 수행한다. 하지만 이러한 기능을 수행하기 위하여 범죄자의 생명, 자유 등을 제한 또는 박탈하는 형벌이라는 강력한 수단을 사용하기 때문에 범죄의 성립과 형벌에 관한 판단 및 해석에 신중을 기할 필요가 있으며 국가형벌권의 확장 및 자의적 행사를 억제하는 것은 시대를 불문하고 중요한 과제로 여겨져 왔다. 앞에서 다룬 판례는 법조문의 해석에 의해 처벌범위가 확장될 가능성이 있는 부작위범과 방조범이 교착된 부작위에 의한 방조의 사례에 대해 일본 고등법원이 비교적 명확한 요건을 제시하였다는 점에서 시사하는 점이 크다. 부작위에 의한 방조가 성립하기 위하여 작위

49) 日高義博, 앞의 책, 152면.

50) 佐久間修, 앞의 책, 79면 이하.

의무의 존재 및 실행행위와의 인과관계, 작위의무 이행의 가능성·용이성, 동가치성이 요구된다. 이 중 작위의무 이행의 용이성 및 동가치성은 부작위에 의한 방조의 성립을 효율적으로 제한하는 역할을 수행한다고 생각되며 이러한 요건을 해석상 명확히 함으로써 부작위에 의한 방조범의 처벌범위 확장을 방지해야 한다.

가정폭력과 관련한 동 사례에서 피고인은 부작위에 의한 아동학대 방조죄의 범죄자임과 동시에 배우자폭력의 피해자였기 때문에 더욱 안타까움을 자아냈다. 하지만 현실에서 동 사례와 유사한 사건은 상당수 잠재되어 있을 것이라 예상된다. 가정폭력의 경우 동일한 가해자에게 폭력의 피해를 입은 경험이 있는 자가 다른 가족구성원에 대한 가해자의 폭력을 저지하는 경우 본인도 폭력을 당할 우려가 있기 때문에 적극적으로 나서지 못하고 방관할 가능성이 적지 않기 때문이다. 최근 가정폭력이 증가하고 있고, 가정폭력 피해자는 다른 범죄의 피해자에 비해 가족에 의한 폭력으로 정신적 피해가 큰 것, 외부로부터 발견하기 어려워 반복적, 지속적인 폭력을 당할 가능성이 높은 것, 회복까지 오랜 시간이 소요되는 것으로부터 보호의 필요성이 점차 강조되고 있다. 가정폭력의 조기발견 및 가정폭력 신고 체제 강화, 피해자 보호, 가해자 재범방지 등 관련 대책을 충실히 하여 피해자가 범죄자가 되는 것을 방지하는 한편 부작위에 의한 아동학대 방조와 같은 사안의 해결을 위해 보다 활발한 논의가 필요하다고 생각된다. 시간, 공간상의 제약으로 인해 충분히 다루지 못한 부작위에 의한 방조에서 정범과 공범의 구별 기준에 대해서는 다음의 연구과제로 남겨 두고, 본고에서는 부작위에 의한 방조의 성립요건 등에 관한 연구의 필요성을 환기시킴과 동시에 관련 판례를 소개를 통해 동 문제해결에 조금이나마 도움이 되기를 바란다.

참고문헌

[국내문헌]

단행본

- 김일수/서보학, 새로운 형법총론, 박영사, 2014.
 배종대, 형법총론 제10판, 홍문사, 2011.
 손동권, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011.
 신동운, 형법총론 제5판, 법문사, 2011.
 오영근, 신형법입문(제4판), 박영사, 2016.
 이원숙·박미선, 가정폭력 프로그램, 학지사, 2010.

논문

- 류화진, ‘부작위범의 적용범위 제한에 관한 소고’, 법학연구 제26권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2015.
 문채규, ‘부진정부작위범에 있어서 상응성 요건의 허와 실’, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법연구회, 2009.
 법무연수원, 2016 범죄백서, 2017.
 승재현, ‘부진정부작위범에 있어서 행위태양 동가치성의 필요성’, 외법논집 제35권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.
 승재현, ‘중범의 성립시기와 처벌범위-소위 승계적 중범의 형사법적 쟁점을 중심으로-’, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011.
 신양균, ‘부작위에 의한 방조’, 형사판례연구 6, 박영사, 1998.
 원형식, ‘부진정부작위범의 인과관계와 객관적 귀속’, 중앙법학 제12집 제4호, 중앙법학회, 2010.
 이용식, ‘부진정부작위범에 있어서 작위가능성과 결과회피가능성의 의미 내용-부작위범의 실행행위와 인과관계의 구별’, 고시계 제50권 제7호, 2005.

- 이원숙/박미선, 가정폭력 프로그램, 학지사, 2010.
- 이정원, ‘부진정부작위범의 구조적 문제점’, 형사법연구 제14권, 한국형사법학회, 2000.
- 이정원, ‘부진정부작위범에서의 정범과 공범’ 비교형사법연구 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.
- 정혜옥, ‘부진정부작위범의 작위의무에 관한 연구’, 법학논문집 제37집 제3호, 중앙대학교 법학연구소, 2013.
- 조기영, ‘정신적 방조와 방조범의 인과관계’, 형사법연구 제26권 제3호, 2014.
- 조미숙 역, 가정폭력이 아동 및 청소년에게 미치는 영향, 21세기사, 2005.
- 하태영, ‘형법상 부작위범이 인정되기 위한 조건’, 비교형사법연구 제5권 제1호, 한국비교형사법학회, 2003.

[국외문헌]

- 川瀬雄彦, ‘殺人罪について不作爲による幫助犯の成否が問題となった事例’, 研修第777号, 法務総合研究所, 2013.
- 川端博, 刑法, 成文堂, 2014.
- 中森喜彦, ‘傷害致死行爲に對する不作爲による幫助の成立を認めた事例’, 現代刑事法第29号, 現代法律出版, 2001.
- 東京都生活文化局, 配偶者からの暴力に關する調査, 2004.
- 前田雅英, 最新重要判例250刑法[第10版], 弘文堂, 2015.
- 松生光正, ‘不作爲による幫助一作爲と同視し得ないとされた事例’, 判例セレクト’ 99(法學教室第234号別冊付録), 有斐閣, 2000.
- 村越一造, ‘同棲中の元夫の幼兒虐待を制止しなかった被告人の行爲が, 傷害致死罪の不作爲による幫助に該當するとして、これを否定して無罪とした原判決が破棄され、有罪が言い渡された事例’, 研修第624号, 法務総合研究所, 2000.
- 佐久間修, 刑法總論, 成文堂, 2014.
- 阿部純二, ‘不作爲による從犯に關する最近の判例について’, 研修第639号, 法務総合

- 研究所, 2001.
- 山中敬一, 刑法總論[第3版], 成文堂, 2015.
- 大塚裕史, ‘不作爲による幫助’, 刑法判例百選總論[第6版], 有斐閣, 2008.
- 大塚仁, 刑法概說, 有斐閣, 2008.
- 大谷實, 刑法講義總論[新版第3版], 成文堂, 2009.
- 馬屋原成男, ‘刑法改正の動向-改正刑法草案と法務省中間案批判一’, 法學論集第14号, 駒澤大學, 1976.
- 井田良, 講義刑法學・總論, 有斐閣, 2015.
- 大谷實, 刑法講義總論[新版第4版], 成文堂, 2013.
- 濱田新, ‘不作爲による幫助の因果關係について’, 法學政治學論究第104卷, 『法學政治學論究』編集委員會, 2015.
- 門田成人, ‘不作爲による幫助の成立要件’, 法學セミナー第550号, 日本評論社, 2000.
- 高橋則夫, ‘不作爲による幫助犯の成否, 現代刑事法第14卷, 現代法律出版, 2000.
- 判例時報第1675号, 1999.
- 判例タイムズ No.1044, 2001.
- 保條成宏, ‘兒童虐待に對する刑事處罰とその限界 (1) 一『不作爲による幫助』の事案をめぐって’, 中京法學38卷2号, 中京大學法學部, 2003.
- 日高義博, 刑法總論, 成文堂, 2015.

Requisites for the Establishment of Aiding and Abetting by Omission : Focused on Precedents in Japan

Kim, Jan-di*

Criminal law, the law on crime and punishment performs an important function to preserve people's benefit and protection of the law. And yet, since a powerful means is used as a means of performing this function, that is, the punishment for the restriction or deprivation of the life and freedom of criminals, it is necessary to pay close attention to the judgment and interpretation of the establishment of crime and punishment, and there remains a task to control the expansion and arbitrary exercise of the state punishment right. What is a problem in this light is 'aiding and abetting by omission.' The type of crime, the crime of omission itself is an exception, and moreover, the establishment of a crime and standard for judgment are problematic, concerning the aiding and abetting of the principal offender's action by omission.

Like in South Korea, in Japan, too, as domestic violence such as child abuse and spousal abuse became a serious social problem, noteworthy precedents appeared on the criminal responsibility of the guardians who looked on child abuse, and the contents of the obligation of a commission, and the causal relationship between the obligation of a commission and the prevention of consequence became issues. In the precedents, there were different judgment between the original trial and the appellate trial, and the Sapporo High Court of the appellate trial clearly defined requisites for the criminality of an accessory to a crime of aiding and abetting by omission, which attracted attention from Japanese practitioners and academia. Thus,

* OSAKA UNIVERSITY·Assistant Professor

this study investigated requisites for the establishment of aiding and abetting by omission, comparing theories of Korea and Japan based on the precedents.

The obligation of a commission, casual relation to an act of a commission, and the possibility, accessibility and equivalence of the fulfillment of the obligation of a commission are required so that aiding and abetting by omission can be established. It is judged that among them, the accessibility and equivalence of the fulfillment of the obligation of a commission play a role in efficiently controlling the establishment of aiding and abetting by omission, and it is necessary to prevent the expansion of the range of the punishment of accessories to a crime of aiding and abetting by omission by clarifying these requisites for interpretation.

❖ Keyword: aiding and abetting by omission, the obligation of a commission, casual relation, domestic violence, child abuse

